

*проф.Перерва П.Г., доц.Ткачов М.М.*

## **Розділ 12**

# **Оцінка збитків від порушення прав інтелектуальної власності**

### **12.1. Економіко-правова характеристика збитків від порушення прав інтелектуальної власності**

Сучасний розвиток науки і техніки в нашій країні передбачає в якості найбільш важливого чинника науково-технічний прогрес і інтелектуалізацію основних чинників виробництва. У індустріально розвинених країнах все більша частина валового внутрішнього продукту формується за рахунок створення, дистрибуції та використання об'єктів інтелектуальної власності (ОІВ) та інноваційної діяльності, роль яких в економіці і суспільстві постійно зростає. Все це об'єктивно чи суб'єктивно створює передумови для збільшення обороту контрафактної продукції, обсягу та способів порушень прав на результати інтелектуальної діяльності і засоби індивідуалізації.

Умови глобальної конкуренції і поглиблення інтеграції у світове господарство визначають жорсткіші вимоги до охорони об'єктів інтелектуальної власності, оскільки їх широке використання з неминучістю пов'язане із злочинними посяганнями на права їх власників. Порушення прав інтелектуальної власності неминуче веде до величезних фінансових втрат - як для їх власників, так і для національного бюджету.

Контрафактна продукція досить швидко заповонила вітчизняний ринок, чому сприяла неготовність держави і суспільства до боротьби з цим явищем. Українське законодавство довгий час не забезпечувало необхідного рівня захисту інтелектуальної власності і правозастосування в цій області, а правоохоронні органи до останнього часу не мали необхідного досвіду роботи. Існуючий стан справ

погіршувався ще й практично повною відсутністю відповідних наукових досліджень по наявності та розміру збитків правовласників ОІВ від контрафактної продукції. Більш того, практично не розробленою є термінологічна база в цій царині. У зв'язку цим споживачі були позбавлені чітких орієнтирів і не завжди могли відрізнити підробку від оригінального продукту, не відчували розміру і виду економічних збитків, не знали своїх прав і тим більше не були готові їх захищати.

Будь-які відмінності в підходах до кримінально-правової та економічної регламентації боротьби з інтелектуальним піратством ускладнюють взаємодію правоохоронних органів, негативно позначаються на їх діяльності по припиненню і попередженню відповідних злочинів, ведуть до серйозних порушень прав громадян (в першу чергу майнових), як тих, що притягуються до відповідальності, так і потерпілих від правопорушень. Крім того, невизначеність правових та економічних понять створює підґрунття для корупції, дозволяючи підміняти волю законодавця правозастосовним розсудом. Тому одному з основних завдань по охороні інтелектуальних прав повинне стати забезпечення єдиного розуміння правокористувачами положень економічних термінів в галузі обігу контрафактної продукції, поки що багато в чому допускають їх неоднозначне тлумачення (зокрема, відносно формулювання порушень інтелектуальних прав, сутності завданої про цьому економічної шкоди).

Аналіз теоретичних питань економічної сутності сфери обігу контрафактної продукції, судової практики, діяльності уповноважених державних і громадських організацій по боротьбі з порушеннями прав ОІВ свідчить про недостатню розробленість понятійного апарату в цій галузі, помилки при конструюванні норм, які згодом породжують складнощі при вирішенні питань про економічну та юридичну відповідальність осіб, що порушують інтелектуальні права.

Проведені дослідження дозволяють зробити висновок про те, що актуальність наукових розробок в зазначеній царині забезпечується наявністю наступних обставин:

- ❖ сучасний стан правової охорони і захисту ОІВ свідчить про те, що ні в Україні, ні у світі не розв'язана до кінця проблема стандартизації підходів до аналізу ОІВ для цілей оцінки упущеної вигоди і економічного збитку правовласників ОІВ і засобів індивідуалізації;

- ❖ ринок результатів інтелектуальної діяльності втрачає певну частину своєї легітимності, що негативно впливає на його розвиток, обсяги збуту інтелектуальної продукції, розвитку поточних та перспективних потреб на об'єкти ОІВ;

- ❖ щорічно державний бюджет країни втрачає значну частину своїх доходів в результаті приховання «піратами» отримуваних прибутків;

- ❖ «інтелектуальне піратство» сприяє формуванню тіньового сектору економіки, дискредитує авторитет вітчизняних і зарубіжних підприємців, споживачам завдається матеріальна і моральна шкода (збитки);

- ❖ правовласники, споживачі і держава несуть підвищені витрати, пов'язані із захистом своїх прав і інтересів, зі збором доказів по фактах порушень, з розслідуванням самих порушень, з відшкодуванням збитків від правопорушення;

- ❖ «інтелектуальне піратство», як кримінальне явище, суттєво знижує міжнародний авторитет нашої країни, посилює кримінальну напруженість, зменшує приплив інвестицій, сприяє появі організованих злочинних груп в галузі інтелектуальної діяльності.

Наведені обставини свідчать про безперечну актуальність проблеми дослідження економічної сутності збитків власників прав на об'єкти ОІВ від контрафактної продукції. На думку автора, уточнення понять і формулювань буде сприяти зниженню витрат правовласників і держави по розслідуванню правопорушень у сфері ОІВ та більш точного визначення економічних збитків, які при цьому виникають.

У загальному випадку правопорушення і збитки правовласників можна розподілити по видах зобов'язань:

- ❖ деліктні зобов'язання (порушення прав на товарні знаки та інші об'єкти ІВ; шахрайство; незаконне підприємництво та ін.);

- ❖ договірні зобов'язання (ліцензійний договір; договір комерційної концесії; договір про відчуження виняткового права).

Предметом даного дослідження є майнові і немайнові претензії суб'єктів господарської діяльності в галузі деліктних зобов'язань, які в повній мірі відповідають економіко-правовим процесам, що виникають при контрафакції або фальсифікації продукції. Міжнародне, зокрема, римське право трактує *деліктність* (від лат. *delictum* - правопорушення) як зобов'язання, в якому фізична або юридична особа, що протиправна і винно (неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю) заподіяла шкоду особистим немайновим (зокрема, інтелектуальним) правам фізичної чи юридичної особи або шкоду їхньому майну, зобов'язана її відшкодувати в повному обсязі. Деліктні зобов'язання відомі ще як позадоговірні. Поняття «делікт» офіційно у законодавстві України не застосовується, але в економіко-правовій літературі і практиці вживається широко. Того, хто заподіює шкоду, називають делінквентом. Того, кому шкоду заподіяно - потерпілим. Такий стан економіко-правових відносин між суб'єктами господарювання є надзвичайно характерним для порушень в галузі ОІВ. Виходячи з цих посилок, можна зробити висновок про те, що і збитки від правопорушень, які практично є найбільш частим випадком виникнення збитків, розпадаються на дві великі групи, їх можна іменувати договірними і деліктними збитками. Перші – це наслідки недотримання договірних і інших зобов'язань, другі виникають поза зобов'язальними стосунками внаслідок неправомірних дій делінквентів - деліктів.

Термін «збитки» може вживатися в двох значеннях: економічному (господарському) і цивільно-правовому (юридичному). Це пояснюється тим, що загальною ознакою

збитків є те, що вони є грошовим вираженням господарських диспропорцій, що проявляються в зменшенні майнових активів, збільшенні пасивів (зобов'язань), перевищенні витрат над доходами. Всі ці категорії широко використовуються як в економічному, так і юридичному лексиконі.

Мета відшкодування збитків - не заміна виконання зобов'язань, а формування такого майнового положення сторони, яка зазнала збитків, при якому всі майнові негаразди будуть врегульовані, тобто всі зобов'язання по збиткам були виконані. Збитки відбивають в грошовій формі несприятливі майнові наслідки або майнові втрати, які понесла потерпіла сторона в результаті невиконання або нена належного виконання зобов'язань. Таким чином, збитки дійсно є еквівалентом, але тільки не еквівалентом виконання порушеного зобов'язання, а еквівалентом майнових втрат, заподіяних порушенням зобов'язання.

Існує точка зору, протилежна до перелічених вище поглядів, згідно якої грошова оцінка є другорядним способом визначення збитків. За логікою її прибічників збитки можуть бути також виражені в натурально-речовій формі, при цьому в якості прикладів наводиться обмін неякісної продукції, а також виправлення її недоліків. Але тут відбувається зміщення понять «збитки» і «сума збитків», а також заходів відповідальності і заходів примушування до належного виконання зобов'язань. Обчислювана в грошових одиницях сума збитків, безумовно, може бути виражена в тій або іншій товарній формі. Проте стягнути в примусовому порядку «збитки, виражені в товарній формі», юридично неможливо, оскільки у такому разі станеться зміщення двох принципово різних способів захисту права, передбачених Цивільним кодексом України: примушування до виконання зобов'язань в натурі і відшкодування збитків. З цього приводу відмітимо, що в умовах товарно-грошових відносин вартісна оцінка є мірою загального еквіваленту, що і покладено нами в основу подальших досліджень.

Слід зазначити, що поняття «школа» і «збитки» до теперішнього часу не знайшли свого чіткого визначення в наявних дослідженнях. Слова «школа», «збиток», «втрати» у загальноповживаному значенні визначаються як синоніми. Традиційно вони пов'язані з поняттям втрати, втрати чогонбудь в результаті дії (бездіяльності) як самої особи, що зазнає збиток, так і інших осіб або іншої дії.

У загальноповживаному значенні «школа» – це негативний наслідок (результат) певної дії, що проявляється у зменшенні або втраті (знищенні) певних благ (майнових чи немайнових), порівняно з тією ситуацією, коли б таких дій, що спричинили зменшення (втрату) взагалі не було. У цивільному праві школа розуміється як знищення або зменшення особистого чи суспільного блага. Школа може бути заподіяна не тільки майну, але й особі людини або діловій репутації юридичної особи. Шкоду можна відшкодувати в натурі, шляхом надання речі того ж роду і якості, виправленням пошкоджень, спростуванням відомостей, що ганьблять ділову репутацію, компенсацією моральної шкоди, а також відшкодуванням реальних і відкладених збитків. Ці два поняття співвідносяться як ціле й частина: будь-які збитки є шкодою, у той час як не всяка школа є збитками. Збитки – це грошова оцінка матеріальної шкоди, заподіяної порушенням договору або позадоговірним правопорушенням. Школа ж – це будь-які (у тому числі моральні) несприятливі для потерпілого наслідки. Отже, поняття «школа», як за методологічним, так і за методичним змістом є ширшим, ніж поняття «збитки», що відтворено на рис. 12.1.

Слід виходити з того, що поняття «школа» і «збитки» не збігаються. «Збитки» за своїм значенням, установленим ст. 22 ЦК України, вужче поняття «школа», оскільки включають тільки реальні збитки й упущену вигоду, а відшкодовуються вони, як правило, за наявності майнових відносин і в грошовому вираженні. «Школа» – ширше поняття, що підрозділяється на майнову і немайнову школу. Школа може бути заподіяна не тільки майну, але й особі громадянина або діловій репутації юридичної особи.

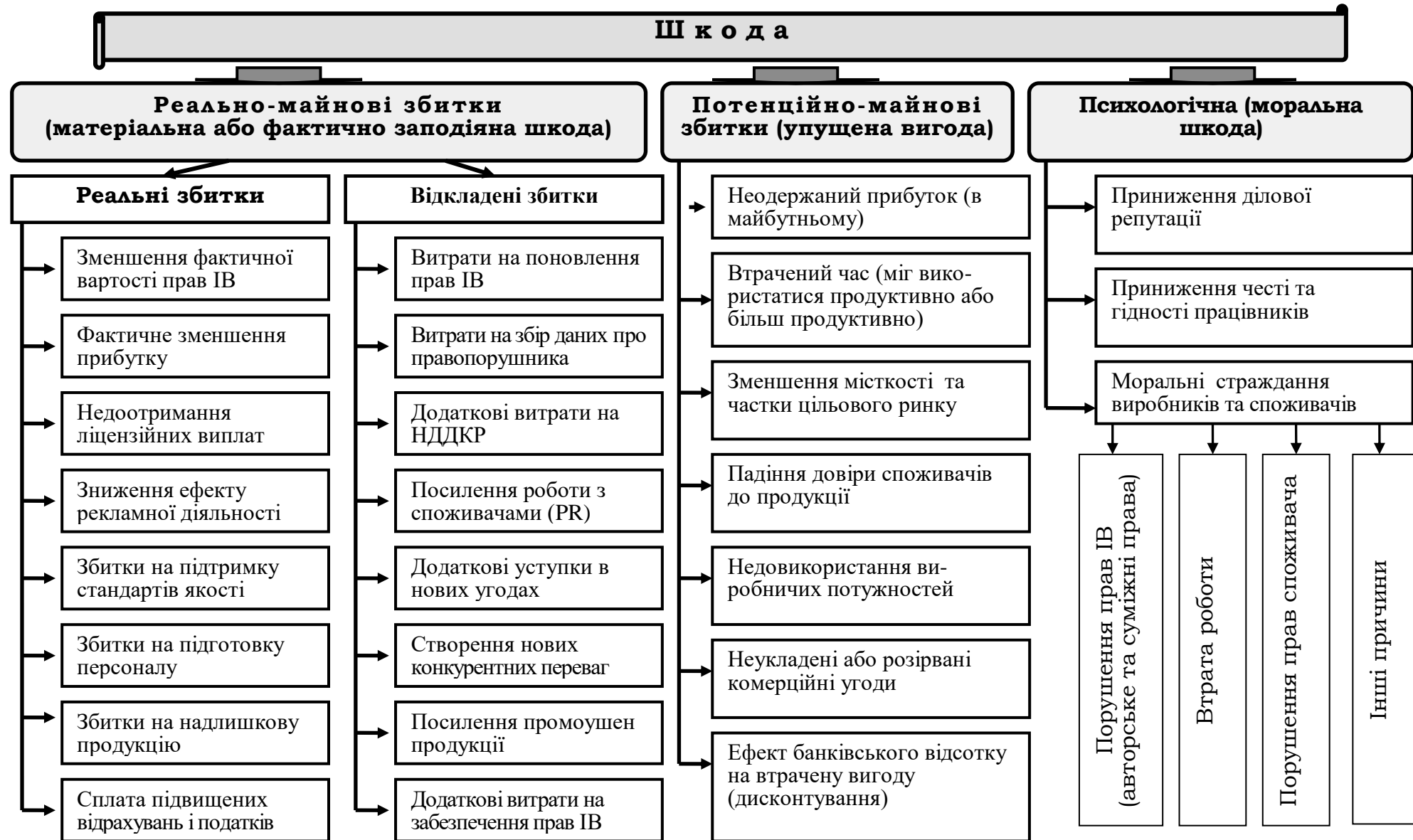


Рисунок 12.1 - Класифікація видів та джерел виникнення шкоди та збитків при порушенні прав ІВ

Шкоду можна відшкодувати в натурі шляхом надання речі того ж роду і якості, виправлення пошкоджень, спростування відомостей, що порочать ділову репутацію тощо, шляхом компенсації моральної шкоди, а також шляхом відшкодування збитків.

Поняття «шкода» і «моральна шкода» в основному використовуються в гл. 82 ЦК України, присвяченій зобов'язанням унаслідок спричинення шкоди. Відповідно до ст. 1266 ЦК України майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала.

При побудові схеми видів та джерел виникнення збитків при порушенні прав ОІВ (рис.12.1), виходимо з того, що термін «майно», який використовується в п. 2 ст. 15 Господарському Кодексі і вживається в ньому в різних значеннях, слід розуміти розширювально відповідно до правил ст. 128 цього кодексу, яка відносить до майна разом з речами майнові права, роботи і послуги, а також об'єкти інтелектуальної власності. Це означає, що в якості збитків повинні відшкодовуватися також несприятливі майнові наслідки, що викликаються порушенням зобов'язальних прав, наприклад відпаданням раніше укладених договорів з третіми особами внаслідок отримання неякісних товарів, низького рівня послуг або порушень інтелектуальних прав, що робляться. Іноді такі втрати можуть трактуватися як упущена вигода, і вирішення цього питання повинне залежати від конкретних обставин виниклої суперечки і представлених сторонами доказів реальних (фактичних) або відкладених чи потенційно можливих збитків.

Ділення на рис. 12.1 збитків на реальний збиток і упущену вигоду відбиває відмінність в прояві збитків як майнових втрат. У першому випадку це втрати, що реально настають



(фізичні), в майні, в другому - втрати від неотримання очікуваних майнових доходів, які могли і мали бути отримані при належному виконанні норм цивільного права. Відповідно до різних являється і коло тих доказів, які повинно представляти що вимагає відшкодування збитків особа. Це ділення також відбиває реалії виникаючих майнових втрат: в першому випадку це витрати, пов'язані з відновленням порушеного права (ремонт, придбання субститута, залучення третіх осіб і так далі), в другому таке відновлення права виявляється неможливим, але що виникають від зниження його вартості втрати мають бути компенсовані в грошовій формі.

Представляється можливим чітко розмежувати збитки в економічному і цивільно-правовому (юридичному) значеннях. Основним критерієм для такого розділення являється **причина виникнення** збитків. Особливості виникнення збитків в економічному і цивільно-правовому (юридичному) значеннях представлені на рис.12.2.

**Юридичні збитки** виникають у юридичної або фізичної особи внаслідок дій інших осіб або подій і підлягають відшкодуванню в силу закону або договору. Причому у більшості випадків причинами збитків в правовому сенсі являються саме неправомірні дії тих, що заподіяли їх осіб. Збитки, викликані правомірними діями, можуть стягатися в якості виключення у випадках крайньої необхідності з фізичної або юридичної особи, що завдала шкоди. Цікавим видається трактування суті юридичних збитків з точки зору впливу, який вони роблять на майнові стосунки, що входять в предмет цивільного права.

**Збитки в економічному значенні** є ширшим поняттям. Вони включають не лише власне юридичні збитки, але інші майнові втрати, що виникли як в результаті дій самого господарюючого суб'єкта (наприклад, помилки у бізнес-управлінні), так і в результаті сторонніх подій і дій третіх осіб (наприклад, зміна кон'юнктури ринку, коливання цін, акти

публічних органів влади). Іншою принциповою особливістю, яка відрізняє юридичні збитки від збитків в економічному сенсі, являється можливість відшкодування перших за рахунок особи, що заподіяла.



Рисунок 12.2 - Характерні риси збитків як економічної і юридичної категорії

Сутність збитків як **економічної категорії** полягає в тому, що в порівнянні з оптимальним розвитком бізнес-процесів господарюючий суб'єкт несе додаткові майнові втрати або не отримує прибутку в повній мірі. При цьому можуть мати місце збитки у формі додаткових витрат та в формі упущеної вигоди (неодержаних доходів). Упущена

вигода – це доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене. В даному випадку мова йдеться не про реальні втрати фізичної або юридичної особи, які вона зробила або зробить, а про ті доходи, які вона недоотримає внаслідок порушення її інтелектуальних прав.

Підсумовуючи розгляд економіко-правової сутності категорії «збитки», які виникають при порушенні прав ОІВ, надамо пропозиції по уточненню визначення цієї категорії. При визначенні збитків необхідно відтворити наступні складові:

а) науково-облікова складова – відтворює елементи бухгалтерського обліку та господарського контролю при виникненні збитків як первинних факторів визначення збитків;

б) практична складова – відтворює елементи ідентифікації та розмір зменшення, знищення або потенційної втрати майнових або немайнових носіїв збитків;

в) юридична складова – відтворює виникнення збитків з вини (правопорушення) інших юридичних або фізичних осіб;

г) відшкодувальна складова – відтворює наявність елементів державного та господарського примусу по відшкодуванню визначених збитків.

Кожний з вказаних з критеріїв самостійно або в поєднанні з іншими в більшій чи меншій мірі відтворений в спектрі безлічі визначень терміну «збитки», які в основному були нами розглянуті. Їх узагальнення та додаткові дослідження дозволяють сформулювати наступне визначення досліджуваної категорії.

**Збитки** – це категорія виробничо-підприємницької діяльності, що проявляється в зменшенні, знищенні або потенційній втраті майнових або немайнових благ правовласників об'єктів інтелектуальної власності внаслідок правопорушень і можуть бути визначені для відшкодування.

Таке визначення терміну «збитки» включає в себе науково-облікову, юридичну, практичну та відшкодувальну складові, що дає підстави стверджувати, що збитки при порушенні прав правовласників інтелектуальної власності представляють собою економіко-правову категорію.

## 12.2. Економічна сутність контрафактної продукції

Центральне місце в кримінальній економіці займає ринок контрафакту. **Контрафактна продукція** - це продукція, випущена з неправомочним використанням відомих на ринку товарних фірмових знаків (підробка під відомий бренд), що вводить в оману покупців і ущемляє інтереси власника товарного знаку. Поява і поширення на ринку контрафактної продукції, на наш погляд, зумовлена низкою в певній мірі об'єктивних причин, основні з яких представлені нами на рис.12.3.

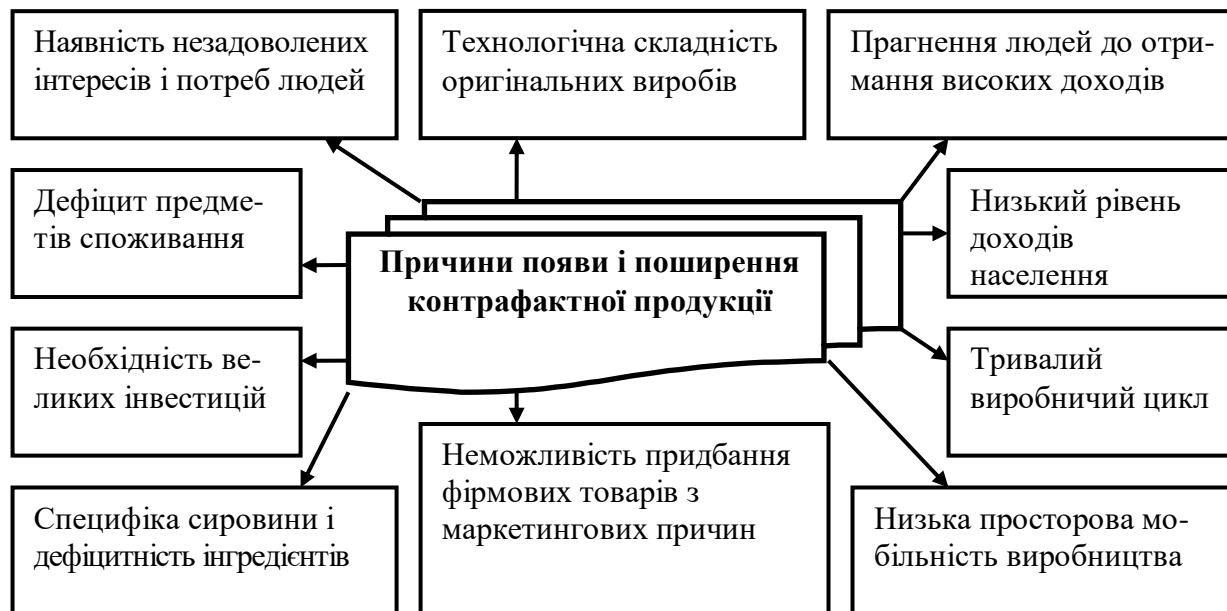


Рисунок - 12.3. Основні причини виробництва і широкої дистрибуції контрафактної продукції

Крім вказаних нами на рис.12.3 основних причин, є ще ціла низка інших важливих передумов, які суттєво підвищують вірогідність підробок і фальсифікацій.

Наприклад, сприяє контрафакту значна популярність бренду, стійкий попит на нього, реалізація популярного у споживачів товару через відкриті ринки та ін.

Дослідження свідчать про те, що на різних ринках споживачі по різному сприймають продукцію, яка не відповідає в повній мірі їх уподобанням. На теперішній час є ціла низка термінів, якими характеризується така продукція. Це і контрафакт, і фальсифікат, і піратство, і недобросовісна конкуренція, і підробка, і «сіра» продукція, і нелегальна продукція і т.п. Слід зазначити, що у засобах масової інформації, в економічній та юридичній літературі, прийнятих по даній проблемі нормативних документах зазначені вище поняття нерідко вживаються одночасно і часто сприймаються як синоніми. Як з економічної, так і з юридичної точок зору ці поняття не тотожні. Аналіз наявних публікацій з цього приводу дає підстави говорити про відсутність єдиного підходу до вирішення поставленої задачі та наявність нагальної потреби її подальшого вивчення. Виходячи з цього уявляється доцільним провести відповідне теоретичне дослідження цих термінів з метою більш чіткого представлення економіко-правової сутності та змісту кожного з них.

Найбільш широкого розповсюдження отримали терміни «контрафакт» та «фальсифікат». В основі контрафакції - незаконне використання фірмами на своїх товарних знаках позначень, які розміщені на популярних товарах інших фірм. Це недобросовісна конкуренція шляхом введення споживача в оману. Це використання результатів чужої праці всупереч волі власника.

Як економіко-правовий термін «контрафакція» виник разом із зародженням та становленням національних систем захисту прав інтелектуальної власності, прийняттям перших відповідних міжнародних актів. Наприклад, у §8 «Положення про авторське право» від 22 квітня 1828р. Російської імперії, до складу якої входила більша частина території сучасної

України, зазначалося, що до закінчення визначеного Положенням строку ніхто не повинен порушувати права автора і без його згоди, або спадкоємців, або ж тих осіб, яким передані ці права на законних підставах, видавати його твори, хоча б з перекладом на іншу мову або з додаванням іншого заголовку, передмови, зауважень тощо; такий вчинок називався контрафакцією.

Більш точно визначення терміну, що аналізується, дається в українському законодавстві (ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Хоча з цього приводу слід відзначити, що український законодавець дає визначення не самому поняттю «контрафакт», а поняттю «контрафактний екземпляр твору». Виходячи з норми закону, об'єкт права буде визнаний контрафактним, у разі якщо він, перш за все виготовлений без дозволу особи, якій належить виключне права. Використання такого об'єкта, у тому числі продаж, є другорядними ознаками, які характеризують рівень порушення виключних прав. Разом з тим, це визначення стосується тільки авторського права і не розповсюджуються на промислову власність.

Якщо узагальнити цей аналіз, то слід зробити підсумковий висновок про те, що контрафакт – це новий продукт, створений на основі існуючого оригіналу. В основі контрафакту – порушення прав інтелектуальної власності. Виходячи з вищевикладеного, **контрафактними** слід визначати такі товари, виготовлення, продаж, будь-яке використання, імпорт, перевезення чи зберігання яких призводить до порушення виключного права на результат інтелектуальної діяльності або засіб індивідуалізації, що виражені в даних товарах. Таким чином, головним і ключовим відзнакою контрафактної продукції від не контрафактної є саме дані про порушення інтелектуальних прав. Питання про контрафактність товарів є економіко-правовим і саме по собі не має відношення до якості або ціни товару (проте, як правило, контрафактні товари мають більш

низьку якість і ціну у порівнянні з виготовленими правовласником або його ліцензіатами). Будь-який матеріальний носій може бути визнаний контрафактним тільки судом.

Не слід прирівнювати контрафактні товари до фальсифікованих, оскільки дані терміни є абсолютно не рівнозначними за своїм економіко-правовим наповненням. Контрафактний товар – це товар, який перебуває в торговельному чи споживчому обігу з порушенням цивільного законодавства. Наприклад, запасні частини до авто, які виготовлені на певному підприємстві з незаконним використанням об'єктів інтелектуальної власності, права на які належать іншим суб'єктам, і пропонуються споживачеві під чужим іменем (зазвичай, брендовим). У випадку продажу чужих товарів без згоди на це дійсних правовласників – це також буде контрафакт.

*Фальсифікований товар* – це товар, який супроводжується помилковою інформацією про його склад, що частіше всього зустрічається при виготовленні і продажу фармацевтичних та алкогольних товарів. В наукових дослідженнях, як свідчать проведені нами дослідження, мають місце декілька принципових підходів до розмежування термінів «контрафакт» та «фальсифікат».

**Перший підхід**, який умовно назовемо «широкий», передбачає контрафакт як різновид фальсифікату. Обґрунтування такого підходу пов'язане з тим, що контрафактна продукція завжди одночасно буде фальсифікованою, у той час як фальсифікована продукція може не бути контрафактною.

**Другий підхід** («вузький»), навпаки, пов'язаний з більш широким тлумаченням терміну «контрафакт», який, на думку прихильників цього підходу, включає в себе і фальсифіковану продукцію. Згідно цього підходу до контрафакту відносять імітацію товару відомого виробника; підроблені товари;

фальсифіковані товари; оригінальні товари, ввезені в Україну як контрабанда.

Прихильники **третього («змішаного») підходу** вважають, що контрафакт в окремих випадках може бути як фальсифікатом, так і не фальсифікатом. В свою чергу і фальсифікат може бути як контрафактом, так в не відноситися до цієї категорії. Зокрема, фальсифікований продукт не буде контрафактним тоді, коли власник бренду, прагнучи додаткового прибутку, порушує стандарти і випускає «фірмовий», але неякісний товар (фальсифікат). З іншого боку, контрафактний товар може за своїми якостями не лише повністю відповідати оригіналу (бренду), але й перевершувати його за окремими параметрами.

Широкого розповсюдження на технологічному ринку отримав також досить близький до контрафакту термін «піратство». Дослідники цього терміну вважають, що термін «піратство» вперше з'явився у 1603 р., а потім у 1879 р. його використовував англійський поет Альфред Теннісону передмові до своєї поеми «Історія кохання» (англ. «The Lover's Tale»), де він скаржився на розповсюджені випадки незаконного використання окремих фрагментів його твору. Приблизно в той самий час цей термін знайшов своє закріплення в офіційних документах. Згідно Закону України «Про авторське право і суміжні права» піратством у сфері авторського права та суміжних прав визнається «...опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення». З цього визначення виходить, що законодавець визначає термін «піратство» через термін «контрафакт», що само по собі включає наявність певних неточностей та неузгодженостей. Також відзначимо і досить незрозумілий факт відсутності в



Цивільному кодексі України терміну «піратство» та його характеристики.

Виходячи з Проекту типових положень ВОІВ, виготовлення продукції вважається піратським лише тоді, коли це виробництво має комерційні масштаби без отриманої згоди правовласника або з порушенням умов договору про виробництво і використання. При визначенні комерційності масштабів виготовлення продукції, яка признається піратською, то тут враховуються масштаби та характер її виготовлення, факт споживання, намагання отримати прибуток і т.ін.

Не дивлячись на наявність певних розбіжностей в сутності термінів «контрафакт» і «піратство» можна стверджувати, що вони безумовно характеризують випадки, в яких інтелектуальна власність неправомірно використовується без дозволу правовласників. Разом з тим, базуючись на даних світової практики, термін «піратство» ототожнюється з порушенням авторського права, тобто використовується в основному для об'єктів авторського права і суміжних прав, а термін «контрафакція» для всіх об'єктів інтелектуальної власності. Особливе місце в цей час займають декілька види порушень авторського права: аудіо піратство, відео піратство, піратство програмного забезпечення, піратство комп'ютерних, піратство літературних творів. Однак, найбільш розповсюдженим видом є порушенні авторських прав в інтернеті. Щодо цього виду контрафакту і є доцільним, як свідчить світова практика, використовується термін «піратство».

Всі розглянуті нами терміни, що пов'язані з порушенням виключних прав, так чи інакше мають пряме відношення до недобросовісної конкуренції, захист від якої передбачено в законодавстві кожної країни. В Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та в ч.1 ст. 32 Господарського кодексу України недобросовісною конкуренцією визначено будь-які дії у конкуренції, що

суперечать торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності .

Як правило, ринкова діяльність кожного суб'єкту ринку дозволяє йому реалізувати своє право і міру власної свободи, що визначені в ст. 3 та ст. 6 Цивільного кодексу України. При цьому свобода підприємництва, закріплена ст. 42 Конституції України, ст. 6 Цивільного кодексу України та ст. 42 Господарського кодексу України, не є безмежною. Вона обмежується правами і свободами інших учасників конкурентного змагання. Основним з цих прав і свобод є право на вільну та добросовісну конкуренцію. Разом з тим, безмежне намагання перемогти в конкурентній боротьбі або отримати неправомірний розмір прибутку призводить до застосування нечесних та недобросовісних методів конкурентної боротьби, або до формально правомірних, але недобросовісних дій, тобто, до зловживання правом».

Таким чином, недобросовісну конкуренцію можна визначити як порушення правил поведінки, які склалися, широко застосовуються в підприємстві та визнаються підприємцями як обов'язкові ділові норми, що завдає шкоди відносинам добросовісної конкуренції і свободи у підприємницькій діяльності. З цього виходить, що захист від недобросовісної конкуренції розглядається як складова системи захисту промислової власності. Всі існуючі терміни, пов'язані з протиправним виробництвом, розповсюдженням та використанням, які нами були розглянуто вище, так чи інакше мають економічний зміст, сутність якого витікає з недобросовісної конкуренції на технологічному ринку.

В рамках недобросовісної конкуренції підлягають забороні дії, що визначені ст. 4 - 19 в Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Серед них слід відзначити наступні:

1. Створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції та досягнення неправомірних переваг у конкуренції (дискредитація суб'єкта господарювання –

виробника, постачальника, покупця, споживача; підкуп працівника, посадової особи постачальника або покупця; схилення до бойкоту суб'єкту господарювання та ін.).

2. Неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання (неправомірне використання позначень, товару іншого виробника, зовнішнього вигляду виробу, порівняльної реклами та ін.).

3. Отримання, використання, розголошення науково-технічної, виробничої або торговельної інформації, у тому числі комерційної таємниці, без згоди її власника.

4. Будь які заходи, які можуть певним чином викликати змішування (плутанину) щодо підприємства, продукції або промислової чи торговельної діяльності конкурента.

5. Зазначення або твердження, використання яких при здійсненні комерційної діяльності може ввести громадськість в оману щодо характеру, способу виготовлення, властивостей, якості, придатності до застосування або кількості товарів.

6. Неправдиві твердження при здійсненні комерційної діяльності, здатні дискредитувати підприємство, продукцію або промислову чи торговельну діяльність конкурента.

7. Зловживання правом вільної конкуренції для отримання прибутку.

8. Некоректне порівняння господарюючим суб'єктом вироблених чи реалізованих ними товарів з товарами інших господарюючих суб'єктів.

9. Продаж товару з незаконним використанням результатів інтелектуальної діяльності та прирівняних до них засобів індивідуалізації юридичної особи, індивідуалізації продукції, виконання робіт, послуг.

10. Будь-які дії, які спрямовані на придбання переваг у підприємницькій діяльності дії господарюючих суб'єктів, які суперечать положенням чинного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимогам добропорядності, розумності та справедливості і можуть причинити або заподіяти збитки

другим господарюючим суб'єктам - конкурентам або завдати шкоди їхній діловій репутації.

Найбільш важливими діями в сфері недобросовісної конкуренції слід визнати останні дві позиції приведеному вище переліку. Дійсно, по-перше, надзвичайно важливим є сам по собі факт визнання незаконного (протиправного) використання інтелектуальної власності, а по друге, факт наявності економічної шкоди (збитків) привласнику, яку він несе в результаті наявності на технологічному ринку недобросовісної конкуренції. Що стосується негативних економічних результатів (школа, збитки, упущена вигода) у правовласників інтелектуальної власності при порушенні їх виключних прав, то ця надзвичайно цікава і важлива тема потребує свого додаткове, більш детального наукового дослідження.

### **12.3 Види збитків правовласників при порушенні виключних прав**

Неправомірне використання виключних прав патентовласника, яке проявляється у виробництві, ввезенні, продажу або пропозиції до продажу контрафактних виробів, а також у використанні технології, яка охороняється патентом, для їх виробництва, зазвичай призводить не тільки до порушення цивільних прав правовласника, але і до певних матеріально-фінансових збитків виробників оригінальної продукції.

Компенсація збитку - це відшкодування витрат, понесених юридичною або фізичною особою, право якої порушено, а також не отриманих доходів, які могло одержати ця особа за звичайних умов обороту, якби його право не було порушене. Наші пропозиції по визначенню класифікаційних ознак збитків від порушення виключних прав приведено на рис.12.4.



Рисунок 12.4 – Класифікація напрямків формування збитків при порушенні виключних прав

Узагальнення існуючих наукових розробок дозволило авторам виокремити, доповнити та обґрунтувати наступні види (напрямки формування) економічних втрат патентовласників від порушення прав інтелектуальної власності (контрафакт, фальсифікат).

1. *Зниження довіри споживачів до товарів та послуг, виготовлених з використанням зареєстрованого товарного знаку.* Наявність цього виду збитків має місце в тому випадку, коли контрафактна продукція має суттєві відмінності по якості від оригінальної. Як свідчить досвід, споживача, який придбає певний товар чи послугу, практично зовсім не цікавить той факт, порушені при цьому чийсь виключні права на товарний знак чи ні. Головною метою споживача є отримання необхідної якості продукту за певну суму своїх грошей. Якщо споживача не буде влаштовувати якість товару, або співвідношення ціна/якість, то в подальшому він скоріше за все відмовиться від покупок

цієї торгівельної марки, а її правовласник об'єктивно чи не об'єктивно втратить споживача (мова може йти як про одного конкретного споживача, так і про певну частку цільового ринку).

*2. Зменшення частки ринку, яка була в розпорядження правовласника товарного знаку.* Наявність цього виду збитків має місце в тому випадку, коли контрафактна продукція не має суттєвих відмінностей по якості від оригінальної. Але для любого товару місткість ринку має відповідні межі, які не так то просто розширити. Поява додатково виготовленої продукції з аналогічними споживчими якостями неминуче призведе до певних негативних для виробника наслідків: зменшення обсягів збуту оригінальної продукції та створення її надлишкових запасів; необхідності зменшення ціни для ліквідації надлишкових запасів (згідно з законом попиту). Відмітимо, що в цьому випадку місткість цільового ринку може і не змінитися, або може і зберегти тенденції до зростання, але відносна частка правовласника (ліцензіара та/або ліцензіата) буде зменшуватися, не буде збільшуватися, або буде збільшуватися більш повільними темпами.

*3. Недоотримання правовласником ліцензійних винагород.* Практика патентно-ліцензійних ринкових відносин передбачає наявність ліцензійної угоди між патентовласником (ліцензіаром) і патентокористувачем (ліцензіатом), яка передбачає наявність офіційного дозволу правовласника на використання його інтелектуального продукту. За цей дозвіл ліцензіат сплачує ліцензіару певну винагороду у вигляді роялті або паушального платежу, або їх комбінації. Якщо права на товарний знак або інший об'єкт інтелектуальної власності порушуються, то правовласник недоотримає частину цих платежів по діючим ліцензійним угодам в зв'язку з тим, що частину проданої продукції на даному ринку було заміщено контрафактом або комерційних пропозицій на її поставку на більш вигідних для продавців і

споживачів (в першу чергу в ціновому відношенні) умовах. Відповідно, його загальні доходи зменшуються, що призводить до зменшення не тільки вартісної оцінки цього об'єкту інтелектуальної власності, а і вартості даного бізнесу в цілому. Особливо відчутні можуть бути економічні збитки в тому випадку, коли ліцензійна винагорода ліцензіаром отримується вигляді роялті (має місце пряма залежність: менше продано ліцензійної продукції – менше абсолютний розмір виплат по роялті).

4. *Збільшення частки умовно-постійних витрат на рекламу.* Цінність та престижність товару та, відповідно, його торгівельної марки багато в чому забезпечується рекламно-інформаційним впливом суб'єктів ринкового процесу. Всі витрати по фінансуванню цього процесу, як правило, здійснює правовласник, тому при порушенні прав на товарний знак, тобто виникнення на ринку контрафакту (фальсифікату), ефективність рекламних заходів буде мати об'єктивні тенденції до зменшення. В цих умовах для досягнення поставлених цілей, пов'язаних за даним об'єктом інтелектуальної власності, виникає необхідність збільшення витрат на додаткові рекламно-інформаційні заходи з метою відновлення ділової репутації та довіри споживачів в зв'язку з порушенням прав на ОІВ. Проведення таких заходів буде також сприяти посиленій підтримці оригінальної продукції, що певним чином зможе компенсувати різного роду негативні наслідки, які можуть з'явитися на цільовому ринку в наслідок появи на ньому контрафактної продукції.

5. *Недоотримання доходу або прибутку (упущена вигода)* правовласником або власником виключної ліцензії (ліцензіатом) в зв'язку з тим, що частину проданої продукції на даному ринку було заміщено контрафактом. При цьому правовласник не зміг самостійно продати (провести поставки) оригінального товару на територію чи ринок дії патенту внаслідок поставки порушником контрафактної (фальсифікованої) продукції, або використання

запатентованого способу її виробництва на території дії патенту. Проведені нами дослідження свідчать про те, що неодержаний прибуток або упущена вигода надзвичайно складна в визначеннях та доведеннях. При її визначенні та обґрунтуванні необхідно показати наявність причинно-наслідкового взаємозв'язку на фактах між неналежними діями порушника прав і заподіяними збитками. З метою отримання необхідної для розрахунків інформації потрібно проведення експертизи розміру фактичних збитків на основі аналізу та дослідження ретроспективної практики аналогічних порушень, визначення фактичних умов порушення виключних прав, отриманих правопорушником доходів, потенційних можливостей і планів правовласника, а також визначення наявності і глибини взаємозв'язку між цими факторами.

6. *Недоотримання доходу або прибутку (упущена вигода)* правовласником внаслідок зриву укладення комерційних угод з потенційним ліцензіатами, що прямо в'язане з появою на цільовому ринку контрафактної (фальсифікованої) продукції або використання запатентованого способу її виробництва на території можливої дії ліцензії, яку передбачалось видати третій стороні і цікавість до якої в третьої сторони внаслідок дій правопорушника була зменшена або зовсім пропала. Аналогічна ситуація може настати і при появі можливостей уступки патенту на певних комерційних умовах, але в силу тих же обставин і така угода може стати неможливою, що потенційно може призвести до втрати потенційних можливостей отримання патентовласником доходу (втрачена вигода).

7. *Потенційні збитки (упущена вигода), отримані внаслідок повної або часткової відмови діючих контрагентів від поставок партій продукції, виготовленої з використанням об'єктів інтелектуальної власності (винаходів, корисних моделей, промислових зразків і т.п.), які охороняються патентами.* Поряд с цим можливі також випадки згортання



перемовин з потенційними споживачами такої продукції в зв'язку з появою на даному ринку контрафактної (фальсифікованої) продукції або комерційних пропозицій на її поставку на більш вигідних для продавців і споживачів (в ціновому відношенні) умовах. Статус упущеної вигоди в цьому напрямку може набути статусу *прямих збитків*, якщо відмова від поставок стосується вже виробленої продукції. А така ситуація є більш чим можливою, так як поставки відбуваються не завжди рівномірно, складські запаси готових виробів можуть коливатися як від нуля (запаси зовсім відсутні), так і до досить значних розмірів.

8. *Прямі економічні збитки поряд з упущеною вигодою* виникають у ліцензіара (правовласника) і тоді, коли ліцензіат зі своєї ініціативи перевищує розмір переданих йому по ліцензії виключних прав по відношенню до обсягів виробництва продукції; території, де вона виробляється, продається і споживається; виду ліцензії і т.п. Наприклад, згідно ліцензії ліцензіат має право випустити 1000 виробів, за цю кількість ліцензіару виплачується певна винагорода (паушальний платіж), яка не змінюється при перевищенні обсягів виробництва продукції ліцензіатом. Тобто в цьому випадку ліцензіат є правопорушником, присвоює частину отриманого прибутку, яка по праву належить ліцензіату (прямі економічні збитки). Якби цього не було, то ліцензіар по меншій мірі збільшити розмір паушального платежу або роялті, або зміг би знайти нових ліцензіатів на більш привабливих умовах (упущена вигода).

9. *Збільшення питомих витрат правовласників на логістику.* При появі контрафактної продукції на ринку правовласники темпи і кількість збуту оригінальних виробів зменшується, що може призвести до збільшення складських запасів продукції у правовласника (відповідно і до збільшення витрат на їх обслуговування), зміни графіку та ритму транспортування продукції як на склади, так і на місця безпосереднього продажу.

10. *Прямі економічні збитки ліцензіара в зв'язку з достроковим розривом ліцензійних угод по ініціативі ліцензіата* по причині наявних збитків при використанні ліцензії та винесенню рішення по її неефективному використанню. Причому, низка заходів, які були або могли бути прийняті по усуненню правопорушень в галузі виключних прав, не дали позитивних наслідків. Або ці наслідки не були достатньо ефективними.

12. *Економічні збитки від виробництва надлишкової продукції.* В ряді випадків збитки по цьому напрямку можуть бути досить значними, так як майбутнє частини вже виготовленої оригінальної продукції, при заміщенні потенційного попиту на неї контрафактом (фальсифікатом), залишається невизначеним. Тут можуть мати місце різні варіанти:

- правовласник може реалізувати надлишково вироблену продукцію, але вже за зниженими цінами в межах собівартості (збитки будуть стосуватися тільки недоотриманого прибутку);

- правовласник може реалізувати надлишково вироблену продукцію за цінами менше собівартості (збитки будуть стосуватися не тільки недоотриманого прибутку, але і втрат на компенсацію частину собівартості);

- правовласник просто не має ніякої змоги продати надлишково вироблену продукцію (збитки будуть стосуватися не тільки недоотриманого прибутку і втрат на компенсацію собівартості, але і потрібні будуть додаткові витрати на утилізацію цих виробів, за вирахуванням залишкової вартості – наприклад, ціна металобрухту).

12. *Супутні економічні збитки,* суть яких полягає в тому, що складнощі з виробництвом, продажами та використанням оригінальної продукції може позначитися на інших výroбах, які певним чином пов'язаних з основною продукцією. Це може стосуватися:

- обсягів виробництва і збуту продукції (відповідно обсягів отриманого прибутку), де дані вироби є складовими;

- запасних частин до оригінальної продукції;
- надання послуг по обслуговуванню даної продукції (установка, наладка, поточний ремонт, форс-мажорне обслуговування - усунення раптових відмов та ін.);
- розширення ринку додаткових споживчих якостей основного виробу;
- первинних капітальних вкладень для розширення виробництва оригінальної продукції, для чого може вже не бути підстав;
- витрат на маркетингу проробку нових ринків збуту, які можуть стати даремними;
- інші супутні економічні збитки.

13. *Моральна шкода (збитки)*, яка завдається правовласникам як фізичній особі (додаткові до прямих та потенційних економічних збитки за рішенням суду) або шкода, завдана діловій репутації правовласника як юридичній особі (зменшення вартісної оцінки гудвілу). Останнє може бути визначене на основі певних кількісних економічних розрахунків, так як, на відміну від моральної шкоди фізичній особі, є певна науково-методична база для розрахунків вартості гудвілу до порушення прав правовласника і після того, як це порушення було здійснено. Під моральною шкодою в даному контексті пропонуємо розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній або юридичній особі (правовласнику, винахіднику, авторові твору науки, літератури, мистецтва і архітектури) в результаті порушення особистих немайнових (виключних) прав, тобто незаконними діями або бездіяльністю інших осіб.

#### **12.4. Економічне оцінювання збитків від порушення прав інтелектуальної власності**

Визначення та компенсація збитків представляє собою об'єктивну мірі цивільно-правової відповідальності, найбільш

поширеним засобом захисту виключних прав суб'єктів ринкових відносин. Логіка правових відносин свідчить про те, законодавець не маже і не повинен встановлювати розмір цих збитків або методичних підходів до встановлення їх складових та розміру в різних ринкових ситуаціях, яких може бути надзвичайно велике різноманіття. Разом з тим, визначення кількісного розміру матеріальних та моральних збитків правовласників в кожному конкретному випадку має свої особливості, свій набір складових і напрямків формування вказаних збитків. Причому кожний з цих напрямків має свої специфічні особливості, які виходять з специфіки самого інтелектуального товару, при наявності якого порушуються не право на фізичне володіння чимось, а порушується право на певний нематеріальний об'єкт, вартість якого має досить великий ступінь невизначеності. Реальні збитки з'являються в першу чергу внаслідок того, що на ринку порушується монопольний стан правовласника (виробника, поставщика, продавця) і в своїй більшості відтворюють упущені можливості правовласника, тобто його упущену вигоду внаслідок того, що на ринку появився конкурент-порушник прав. Згідно з чинним законодавством України (статті 16 Цивільного кодексу та статті 20 Господарського кодексу) кожна особа, кожен суб'єкт господарювання може захистити свої права та інтереси в суді, вимагаючи, зокрема, відновлення становища, яке існувало до порушення прав та законних інтересів суб'єктів господарювання; припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення; відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду. Причому, для того, щоб виявлені збитки правопорушень були компенсовані на підставі судових рішень, їх розмір потрібно обґрунтовано довести, а методичні положення цих розрахунків повинні бути і з економічної і з правової сторони досить переконливими. Але, як свідчить практика, навіть судові рішення на користь власника порушених прав далеко

не завжди відновлює те становище, що існувало до їх порушення, і не забезпечує повного та справедливого відшкодування понесених суб'єктом підприємництва збитків.

Розмір збитків багато в чому залежить від характеру та виду правопорушення, регіону де воно здійснювалося, кон'юнктури цільового ринку, виду та змісту правовідносин, повноти вихідних документів, які представлені на дослідження та ін. Український вчений О.Б.Бутнік-Сіверський звертає увагу на таку ознаку, як джерело надходження документів (правовласник чи порушник) [1]. Виходячи з цієї ознаки можна виокремити два підходи до визначення розміру збитків: підходи, засновані на документах правовласника і підходи, засновані на документах порушника. Перший підхід вважається більш об'єктивним, так як дохід порушника зазвичай суттєво менший за розмір втрат правовласника.

Проведені дослідження свідчать про наявність низки основних факторів, що впливають на розміри збитків власника виняткових прав на ОІВ, понесених в результаті протиправних дій будь-якої особи (юридичної або фізичної). До них в першу чергу пропонується віднести:

- ✓ кількість контрафактних виробів, вироблених та реалізованих порушником прав;
- ✓ ціни, встановлені правовласником (прейскурантні ціни);
- ✓ ціни реалізації контрафактної продукції на цільовому ринку;
- ✓ граничні власні ціни потенційних покупців контрафактних виробів на різних сегментах цільового ринку;
- ✓ стадія життєвого циклу ОІВ, права на який порушені;
- ✓ тип сегмента ринку реалізації контрафактної продукції (особливості придбання та споживання виробів на кожному ринковому сегменті);

✓ кон'юнктура цільового ринку, де реалізується контрафактні вироби;

✓ якість контрафактної продукції (її вплив на кон'юнктуру ринку, а в разі неякісного виготовлення - на ділову репутацію власника виняткових прав;

✓ ступінь насичення ринку контрафактною продукцією та ін.

На основі опрацювання різних джерел [1, 3, 4, 8, 9] та практики визначення економічних втрат правовласників при порушенні їх виключних прав, методичні підходи до визначення розміру понесених збитків у зв'язку з порушенням права інтелектуальної власності, які на даний час використовуються економістами, оцінювачами, судовими експертами та приватними організаціями можна певним чином класифікувати. Такого роду класифікація наведена на рис.12.4.

В практиці оцінки збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності найбільш поширеними є класичні оціночні методи. Розмір збитків від порушення виключних прав визначається станом на дату оцінки із застосуванням оціночної процедури накопичення прибутку (доходу), який не отримав суб'єкт права інтелектуальної власності та/або ліцензіат внаслідок неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності, виходячи з обсягів виробництва та/або реалізації контрафактної продукції. Практика вартісної оцінки ОІВ рекомендує три основних методичних підходи: ринковий або порівняльний, дохідний та витратний.

*Ринковий (порівняльний) підхід* передбачає визначення вартісної оцінки конкретного ОІВ до  $O_{до}^{OIB}$  та після  $O_{після}^{OIB}$  порушення виключних прав (12.1):

$$Z_{поруш} = O_{до}^{OIB} - O_{після}^{OIB}. \quad (12.1)$$

Методичні положення, які покладені в основу моделі (12.1), є вірними. Дійсно, правовласник втрачає певну вартість, яка

знаходиться в його розпорядженні в зв'язку з несанкціонованим втручанням третіх осіб в його виробничо-підприємницьку діяльність. Разом з тим, на наш погляд, практична реалізація цього підходу є досить складною, а в деяких випадках просто неможливою, так як аналізований підхід оцінює тренд, а не реальну оцінку ОІВ. Така позиція пояснюється наступними положеннями.

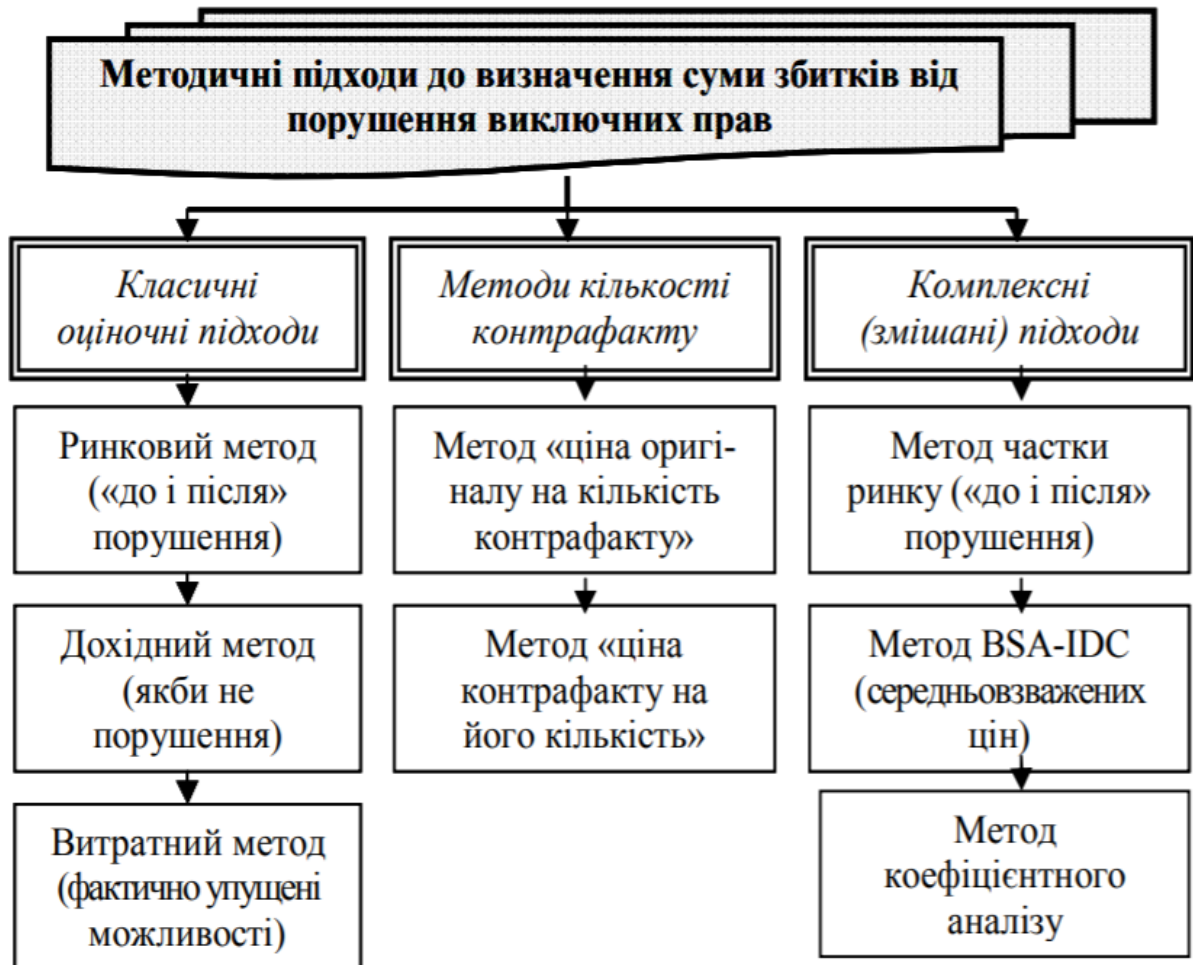


Рисунок 12.4. Класифікація методичних підходів до визначення збитків у зв'язку з порушенням виключних прав

По-перше, визначення розміру  $O_{до}^{OIB}$  само по собі є в певній мірі утопічним, так як процедура оцінки проводиться в минулому періоді, коли оцінювати потенційні можливості ОІВ є надзвичайно складно. По-друге, зміна  $O_{до}^{OIB}$  до  $O_{після}^{OIB}$  може статися і без втручання порушника прав. Це можуть зумовити числення інші об'єктивні і суб'єктивні причини і

виокремити серед них дії правопорушника надзвичайно складно. По-третє, зміна  $O_{до}^{OIB}$  до  $O_{після}^{OIB}$  навіть при досить точному визначенні значення цих величин і виокремлення в них вкладу правопорушника, на нашу думку, не відтворює фактичних збитків від порушення виключних прав, так як фактичні збитки багато в чому ще залежать і від ефективності використання даного ОІВ в період від «до» до «після». Крім того, до недоліків ринкового підходу слід віднести і те, що він може використовуватися тільки по тим ОІВ, по яким є достатня кількість достовірної ринкової інформації, що по відношенню до ОІВ забезпечити достатньо складно.

Методичні положення дохідного підходу базуються на постулаті «якби не порушення», то правовласник отримав би щось більше, чим при наявності цього правопорушення. При цьому, на момент оцінки збитків  $t$  слід розглядати два в певній мірі самостійні відрізки часу:

а) втрати правовласника ( $\Pi_{(t-1)-t}^{норм} - \Pi_{(t-1)-t}^{поруш}$ ) з моменту початку правопорушення ( $t-1$ ) і до моменту оцінки розміру збитків  $t$  (час  $t$  може співпадати з моментом виявлення правопорушення). Ці збитки визначаються як різниця між розрахунковим прибутком при нормальній експлуатації (без наявності порушення) даного ОІВ правовласником  $\Pi_{(t-1)-t}^{норм}$  і розрахунковим прибутком правовласника за цей же період часу з наявністю правопорушення  $\Pi_{(t-1)-t}^{поруш}$ ;

б) втрати правовласника ( $\Pi_{(t+1)-t}^{норм} - \Pi_{(t+1)-t}^{поруш}$ ) з моменту оцінки  $t$  і до моменту повної ліквідації як самого правопорушення, так і його залишкових наслідків ( $t+1$ ). Цей вид збитків аналогічно попередньому визначається як різниця між прогнозним прибутком правовласника при нормальній експлуатації (без наявності порушення) даного ОІВ  $\Pi_{(t+1)-t}^{норм}$  і прогнозом прибутку правовласника за цей же період часу з наявністю правопорушення  $\Pi_{(t+1)-t}^{поруш}$ .

Вказані положення по визначенню збитків правовласників  $Z_{поруш}^t$  в момент часу  $t$  з використанням методичного підходу



«якби не порушення», на нашу думку, можуть бути описані наступною моделлю (12.2):

$$Z_{поруш}^t = (Π_{(t-1)-t}^{норм} - Π_{(t-1)-t}^{поруш}) + (Π_{(t+1)-t}^{норм} - Π_{(t+1)-t}^{поруш}). \quad (12.2)$$

В основу моделі (12.2), на наш погляд, покладені тільки прямі (реальні) збитки правовласника від порушення його виключних прав, що не повністю відтворює їх фактичний розмір. Практично в ній не представлені упущені можливості (упущена вигода) правовласника, які могли б бути, якби не було правопорушення. Також, досить дискусійним є друга частина моделі (12.2), так як визначення моменту повної ліквідації як самого правопорушення, так і його залишкових наслідків  $(t + 1)$  несе в собі значну частку суб'єктивізму і в більшості випадків залежить від самотійного рішення оцінювача. Звертаємо увагу на те, що ця частина моделі (12.2) визначається на основі прогнозу, а перша частина – на основі більш реального (фактичного) доходу, який був в минулому, тобто права і ліва частини моделі (12.2) визначаються з різним ступенем точності.

Методичний підхід, заснований на витратному підході, в порівнянні з попереднім підходом, якраз намагається врахувати упущені можливості правовласника. Прихильники найбільш поширеного різновиду цього підходу «Методу фактичних витрат/втрат втрачених можливостей» пропонують визначати загальну величина збитку, який включає в себе суму трьох складових на момент часу  $t$ , порівнюючи стан технологічного продукту на момент виникнення правопорушення  $(t + 1)$  та на момент його повного видалення  $(t + 1)$ :

а) минулих витрат на розробку (охоплюють всі прямі та непрямі витрати, а також витрати на комерціалізацію та просування на ринку, які розраховуються, як правило, з урахуванням дисконтування та індексів інфляції)  $B_{минулі}^{СіК}$  ;

б) минулі втрати упущених можливостей включають додатковий дохід, який отримав би власник за відсутності події, котра спричинила збитки ( $M_{(t-1)-t}^{норм} - M_{(t-1)-t}^{поруш}$ );

в) втрати упущених можливостей в майбутньому, які включають в себе дохід, який отримав би правовласник за відсутності події, котра спричинила збитки ( $M_{(t+1)-t}^{норм} - M_{(t+1)-t}^{поруш}$ ).

$$Z_{поруш}^t = B_{минулі}^{CiK} + (M_{(t-1)-t}^{норм} - M_{(t-1)-t}^{поруш}) + (M_{(t+1)-t}^{норм} - M_{(t+1)-t}^{поруш}). \quad (12.3)$$

Аналіз моделі (12.3) дозволяє виявити ряд недоліків при його використанні. Очевидно, що до збитків правовласника від порушення всі прямі та непрямі витрати на створення ОІВ, а також витрати на його комерціалізацію та просування на ринку -  $B_{минулі}^{CiK}$  не мають прямого відношення. Ці витрати правовласник поніс незалежно від того, було чи не було правопорушення. Важливим також є той факт, що цей підхід не враховує також фактичні втрати правовласника, які є основними в моделі (12.2). Ще один недолік даного підходу полягає в тому, що витрати на відтворення не завжди відповідають ринковій ціні. Вказані недоліки пояснюють ситуації, в яких витратний підхід частіше всього застосовується при оцінці збитків при правопорушеннях по нестандартних, одиничних об'єктах інтелектуальної власності.

Низка методів визначення збитків від порушення виключних прав об'єднуються методичним підходом, в основі якого знаходиться виявлена кількість виробленої контрафактної продукції  $N_{контрафакт}^{OIB}$ . Частіше всього використовуються два методи визначення збитків (моделі 12.4а та 12.4б):

$$Z_{поруш} = N_{контрафакт}^{OIB} \cdot C_{1\text{ ориг}}^{OIB}, \quad (12.4а)$$

$$Z_{поруш} = N_{контрафакт}^{OIB} \cdot C_{1\text{ контрафакт}}^{OIB}, \quad (12.4б)$$

де  $C_{1\text{ ориг}}^{OIB}$  - ціна одиниці оригінального технологічного продукту, виробленого без правопорушення (ліцензійна

продукція);  $C_{1\text{контрафакт}}^{OIB}$  - ціна одиниці технологічного продукту, виробленого з порушенням виключних правовласника (контрафактна продукція).

Позиція правовласника при використанні методу кількості контрафактної продукції зводиться до того, що кожна контрафактна одиниця товару, куплена користувачем у порушника, зменшує на одиницю обсяг продажів оригінальних (ліцензійних) виробів. Ця позиція знаходить вираз у способі, яким правовласники оцінюють свій збиток: вони множать кількість вироблених порушником виробів на свої преїскурантні ціни (формула 12.4а) і ведуть мову про досить значні суми економічних втрат. На думку деяких дослідників [3], таку оцінку можна прийняти за верхню межу упущеної вигоди, що, наш погляд, є в певній мірі дискусійним твердженням. Для визначення верхньої межі збитків потрібне знання діючих і перспективних характеристик цільового ринку виробів: попит, пропозиція, сегмент ринку, ступінь насиченості ринку даними товаром, конкуренти, стадія життєвого циклу товару, наявність субститутів і т.п. В певній мірі деякі з цих ринкових факторів враховує формула, яка є модифікацією залежності (12.4а) і належить до різновиду методів коефіцієнтного аналізу або комбінованої класики:

$$Z_{\text{поруш}} = N_{\text{контрафакт}}^{OIB} C_{1\text{ориг}}^{OIB} K_1 K_2 K_3, \quad (12.5)$$

де  $K_1$  – коефіцієнт, який характеризує сегмент ринку (наприклад, для контрафактних запасних частин для автомобілів це можуть бути: сегмент приватних споживачів, підприємства державної власності, підприємства колективної власності, сільськогосподарські підприємства і т.ін.);  $K_2$  – коефіцієнт, який враховує ступінь насичення ринку контрафактною продукцією. Зазвичай велике поширення контрафактної продукції є знижувальним чинником, який впливає на зменшення ціни великою кількістю пропозиції і насичує попит, тобто коефіцієнт  $K_2$

зазвичай менше одиниці. Слід враховувати в даному випадку політику в області припинення контрафактної діяльності. Якщо ступінь насичення контрафактною продукцією ще невисока, то доцільно цей коефіцієнт превентивно встановлювати досить високим ( $K_2 = 1 \div 0,8$ ). При високому ступені насичення ринку  $K_2$  рекомендується приймати в діапазоні  $0,8 \div 0,6$ ;  $K_3$  – коефіцієнт, який враховує вплив низької якості контрафактної продукції на ділову репутацію фірми-правовласника, також встановлюється виходячи з даних, що пред'являються власником виключних прав і думки незалежних експертів. Цей фактор підвищує розмір потенційного збитку при його обчисленні. Попередньо його значення може бути встановлене в інтервалі  $K_2 = 1,1 \div 1,15$ .

Як різновид моделі (12.5) інколи використовується формула (12.6), яка враховує особливості різних сегментів ринку та рівень граничних власних цін потенційних покупців в них:

$$Z_{\text{поруш}} = \sum_{i=1}^n N_{\text{контрафакт } i}^{OIB} C_{1\text{гранич } i}^{OIB}, \quad (12.6)$$

де  $C_{1\text{гранич } i}^{OIB}$  – гранична ціна покупця контрафактного виробу на  $i$ -му сегменті цільового ринку;  $N_{\text{контрафакт } i}^{OIB}$  – кількість контрафактної продукції, що реалізується (передбачається реалізувати) на  $i$ -му сегменті цільового ринку;  $n$  – кількість сегментів цільового ринку, де умови продажу і експлуатації контрафактної продукції відчутно відрізняються.

Описаний підхід до обчислення збитків – формула (12.6) – передбачає наявність розвиненого маркетингу, який забезпечує достовірність даних по встановленню власних граничних цін покупців і величини попиту на різних сегментах ринку. Фірмі – правовласнику не завжди відомі приховані резерви купівельного попиту, на відміну від продавця контрафактної продукції. Ціна контрафакту, як свідчать результати наших досліджень, зазвичай, ближче до власної граничної ціни потенційного покупця на сегментах

ринку з еластичним попитом, ніж преїскурантна ціна на оригінальні (ліцензійні) вироби.

Методичний підхід, в основі якого знаходиться виявлена кількість виробленої контрафактної продукції, має ряд безперечних переваг, серед яких слід виділити наступні:

- метод надзвичайно простий в практичній реалізації, не потребує складних і громіздких розрахунків;
- вихідні дані для проведення розрахунків розміру збитків практично завжди наявні і не потребують суттєвих ускладнень при їх визначенні чи прогнозуванні;
- збитки, як правило, носять реальний характер і відтворюють дохід правопорушника, який фактично зафіксовано правоохоронними органами.

Даний методичний підхід широко використовується в судовій практиці як такий, що не може бути оскаржений, так як він є юридичним фактом, який прямо пов'язаний з порушенням, і у вартісному вираженні показує нижню межу матеріальної шкоди, яка нанесена правовласнику. Практичні розрахунки з його використанням є підставою для винесення судових рішень по встановленню і відшкодуванню збитків в наслідок порушення виключних прав.

Незважаючи на численні переваги, «Методи кількості контрафакту» мають і ряд суттєвих недоліків, які не дозволяють вважати ці методи науково обґрунтованими. Серед недоліків цього методичного підходу слід відзначити наступні:

- вироблена контрафактна продукція  $N_{\text{контрафакт}}^{OIB}$ , на наш погляд, не відтворює реальні збитки правовласника, так як її ще треба продати на ринку. Результати розрахунків, на наш погляд, були б в певній мірі точнішими, якби в моделях розрахунку збитків 12.4а) та (12.4б) використовувався обсяг не вироблених, а реалізованих контрафактних виробів;

- ринкова вартість виявлених контрафактних виробів  $N_{\text{контрафакт}}^{OIB}$  (без різниці за якою ціною  $C_{1\text{гранич}}^{OIB}$ ,  $C_{1\text{ориг}}^{OIB}$  чи  $C_{1\text{контрафакт}}^{OIB}$ ) не відтворює прибуток порушника, а лише потенційний

(можливий) його дохід. Більш обґрунтовано віднести до потенційних збитків лише різницю між ринковою ціною і собівартістю контрафактних виробів;

➤ на нашу думку, попередній недолік не дозволяє погодитися з твердженням, що моделі (12.4а) та (12.4б) показують нижню межу матеріальної шкоди, яка нанесена правовласнику. Більш вірним це твердження було б тоді, коли б в цих моделях в якості основного аргументу використовувався прибуток на одиницю контрафактної продукції.

Комплексні (змішані) підходи до визначення збитків правовласників включають в себе також і нетрадиційні методи, які в даний час вже знайшли своє практичне використання в міжнародній практиці. Наприклад, до методів такого підходу слід віднести встановлення збитків правовласників з використанням частки ринку оригінальної та контрафактної продукції. Автори цієї методики пропонують обчислювати збитки правовласників, використовуючи загальну суму виручки від продажу як оригінальної, так і контрафактної продукції  $B_{пр\Sigma}^{OIB}$ , а також всіх видів продукції даного споживчого призначення:

$$B_{пр\Sigma}^{OIB} = \sum_{j=1}^m N_{ориг\ j}^{OIB} C_{ориг\ j}^{OIB} + \sum_{j=1}^m N_{контрафакт\ j}^{OIB} C_{контрафакт\ j}^{OIB} + \sum_{i=1}^k N_i^{інші} C_{лі}^{інші}, \quad (12.7)$$

де  $N_{ориг\ j}^{OIB}$ ,  $N_{контрафакт\ j}^{OIB}$  - обсяг ринкових продаж оригінальних (ліцензійних) та контрафактних OIB  $j$ -го різновиду (асортиментної позиції);  $C_{ориг\ j}^{OIB}$ ,  $C_{контрафакт\ j}^{OIB}$ ,  $C_{лі}^{інші}$  - ціна одиниці оригінальних (ліцензійних) та контрафактних OIB  $j$ -го різновиду (асортиментної позиції), а також ціна  $i$ -го виду продукції даного споживчого призначення від інших виробників і правовласників ( $i = 1...n$ );  $m$  - кількість різновидів OIB (асортиментних позицій).

Значення  $N_{ориг\ j}^{OIB}$ ,  $N_{контрафакт\ j}^{OIB}$  пропонується визначати з використанням частки ринку, яку займає той чи інший

різновид продукції, виготовлений  
використанням ОІВ даного правовласника

3

$$N_{ориг\ j}^{OIB} = N^{OIB} \gamma_{ориг\ j}^{OIB}; \quad (12.8a)$$

$$N_{контрафакт\ j}^{OIB} = N^{OIB} \gamma_{контрафакт\ j}^{OIB}, \quad (12.8б)$$

де  $N^{OIB}$  - місткість ринку продукції, виготовленої з використання даного ОІВ, шт.;  $\gamma_{ориг\ j}^{OIB}$ ,  $\gamma_{контрафакт\ j}^{OIB}$  - частка цільового ринку  $\gamma_j^{OIB}$ , яку займає оригінальна та контрафактна продукція правовласника, порушення прав якого досліджується.

При цьому завжди повинні виконуватися дві умови:

$$1) \quad \gamma_j^{OIB} = \gamma_{ориг\ j}^{OIB} + \gamma_{контрафакт\ j}^{OIB}.$$

$$2) \quad \sum_{j=1}^{j=m} \gamma_j^{OIB} + \gamma_{інші}^{OIB} = 1,$$

де  $\gamma_{інші}^{OIB}$  - частка повного цільового ринку, яку займає оригінальна та контрафактна продукція такого ж споживчого призначення, яка виготовлена з використанням ОІВ інших правовласників або зовсім без їх використання.

З балансової моделі ринку виробів певного споживчого призначення (12.7) виходить, що середня ціна одного виробу на цільовому ринку  $\bar{C}_{np}^{OIB}$ , для виробництва певної частини якої використано даний ОІВ, може бути визначена наступним чином:

$$\bar{C}_{np}^{OIB} = \frac{B_{np\Sigma}^{OIB}}{N^{OIB}} \quad (12.9)$$

В підсумку з використанням методу частки ринку оригінальної та контрафактної продукції по встановлення збитків правовласників здійснюється наступним чином:

$$З_{поруш} = \bar{C}_{np}^{OIB} \sum_{j=1}^{j=m} N_{контрафакт\ j}^{OIB}. \quad (12.10)$$

Метод, що аналізується є досить складним для реалій українського технологічного ринку. Формула (12.10) може знайти своє практичне використання тільки в умовах

відкритого активного ринку купівлі/продажу ліцензій на технологічні товари, а також при наявності достовірної аналітики та цін на цьому ринку. Українські технологічні ринки є в своїй більшості закритими і необхідна для використання моделі (12.10) аналітика відсутня, що створює значні проблеми для оперативного і достовірного розрахунку збитків при порушенні виключних прав.

Для визначення економічних втрат країн світу від комп'ютерного піратства міжнародні організації використовують метод BSA-IDC. Згідно пропозицій авторів цієї методики BSA (Business Software Alliance) та IDC (International Data Corporation) суть цього методичного підходу зводиться до виконання наступних етапів:

а) встановлюється загальна і ліцензійна кількість комплектів серійного програмного забезпечення, встановленого за рік. Різниця дасть кількість задіяних піратських модулів;

б) IDC відстежує щоквартально інформацію попереднього пункту в 105 країнах і встановлює відсоток нелегально використовуваного програмного забезпечення від загального числа використовуваних модулів;

в) знаючи загальне число встановлених комплектів програмного забезпечення, кількість встановлених легальних  $N_{\text{модуліПЗ}}^{\text{ліценз}}$  і піратських  $N_{\text{модуліПЗ}}^{\text{пірат}}$  модулів, а також середню ціну легального системного програмного забезпечення  $\bar{C}_{1\text{модуляПС}}^{\text{ліценз}}$ , можна розрахувати загальний збиток від встановлення піратського програмного забезпечення:

$$Z_{\text{поруш}} = N_{\text{модуліПЗ}}^{\text{пірат}} \bar{C}_{1\text{модуляПС}}^{\text{ліценз}} \quad (12.12)$$

Слід зазначити, що практичні розрахунки збитків від контрафакції та піратства за методом BSA-IDC дозволяють виявити країни, які є найбільшими порушниками виключних прав. З цього приводу відмітимо той невтішний факт, що Україна є одним з світових лідерів в сфері піратства. У травні



2013 року Україна здобула статус пірата №1 у світі. Причому слід відмітити, що Україна – єдина країна у світі, яка отримала такий статус за останні 12 років. Торговий представник США (USTR) визначив Україну як пріоритетну зарубіжну країну (Priority Watch List) через чисельні правопорушення в сфері інтелектуальної власності. Присвоєння статусу пірата запускає процес перегляду адекватності доступу країни до режиму генералізованої системи преференцій (безмитне ввезення певних товарів), а також додаткових економічних санкцій.

В ряді випадків аналітичні методи визначення збитків від порушення виключних прав не використовуються, а розмір збитків визначається на основі компенсаційного підходу, методичні основи якого побудовані на основі штрафів. Компенсаційні методи можуть застосовуватися тільки за певних умов:

- а) рівень штрафних санкцій перевищує рівень збитків (згідно аналітичної оцінки);
- б) при практично повній відсутності достатньо обґрунтованої достовірної інформації для визначення розміру збитків правовласників з використанням оціночних методів.

Що стосується методів встановлення моральної (нематеріальної) шкоди від порушення виключних прав, то методичне забезпечення цього напрямку є найменш проробленим. Це можна пояснити тим, що цей вид збитків, зазвичай використовується тільки в судовій практиці і практично досить рідко. Зазначимо, що під моральною шкодою, відповідно до чинного законодавства, слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних та/або фізичних страждань, або інших негативних явищ, заподіяних фізичній особі протиправними діями або бездіяльністю інших осіб. Моральна шкода може полягати, зокрема, у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна. З урахуванням цього, вбачаємо за доцільне в межах нашого дослідження визначати

моральну шкоду як втрати немайнового характеру, що виникли в результаті душевних страждань, яких фізична особа зазнала у зв'язку з посяганням на її право власності у вигляді невиконання чи неналежного виконання обов'язків, що випливають з порушення договірної зобов'язання.

В ряді випадків розглядається так звана «чиста» моральна шкода, коли приниження ділової репутації зумовлено поширенням неправдивих відомостей, порушенням суміжних прав тощо, а також у вигляді «похідної» від спричиненої майнової шкоди, тобто коли порушення майнових прав господарюючого суб'єкта призводить до приниження його ділової репутації, що безпосередньо позначається на його подальшій діяльності. Така «похідна» моральної шкоди очевидно може мати місце у разі порушення права інтелектуальної власності.

Доведення факту завдання моральної шкоди та наявності причиново-наслідкового зв'язку є дуже специфічним, тому в судовому порядку позивачеві непросто сформулювати необхідну доказову базу на підтвердження наявності моральної шкоди та причиново-наслідкового зв'язку між діями (бездіяльністю) відповідача та негативними наслідками для позивача у вигляді моральної шкоди.

Збитки правовласників від порушення їх виключних прав можуть бути оцінені, як функція упущеної вигоди правовласників - доходу, неодержаного ними внаслідок порушення їх майнових авторських прав. Позиція правовласника при цьому зводиться до того, що кожна контрафактна одиниця продукції, куплена користувачем у порушника, зменшує на одиницю обсяг продажів легальної продукції.

Ця позиція знаходить своє втілення у методичному підході, з використанням якого можна оцінити матеріальні збитки від порушення виключних прав:

$$Z_{\text{поруш}} = \sum_{i=1}^{i=m} N_i C_i + M_{\text{поруш}}^{\text{мор}}, \quad (12.12)$$

де  $Z_{поруш}$  - збитки правовласників від порушення їх виключних прав;  $N_i$  – обсяг конфіскованих (вироблених) контрафактних виробів  $i$ -го виду;  $m$  – кількість асортиментних позицій продукції, по яким виявлено порушення;  $C_i$  – ринкова ціна  $i$ -го виробу;  $M_{поруш}^{мор}$  - розмір моральної шкоди, встановлений правовласником.

Формула (12.12) слід розглядати як верхню межу (максимальний розмір) збитків (упущеної вигоди), так як є низка факторів які свідчать, що формула (12.12) в більшості випадків не спрацьовує, так як фактичні економічні збитки правовласників можуть бути значно меншими. Основні з цих факторів наступні:

а) при розрахунку матеріальних збитків від порушеннях виключних прав прийнято виходити з того, що на час вчинення правопорушення один контрафактний товар витісняє з ринку один оригінальний товар. Формула (12.12) фіксує тільки *потенційну можливість* такого витіснення. Такий стан слід кваліфікувати як замах на злочин або незакінчений злочин за ст. 229 Кримінального кодексу України, оскільки матеріальної шкоди порушник не завдав через те, що не встиг реалізувати контрафакт. Тобто конфіскований контрафакт ще не свідчить про реальні матеріальні втрати правовласника. Фактичне витіснення визначається обсягом продажу товару, тобто як різниця між виробленим  $N_{i, виробл}$  і конфіскованим  $N_{i, конф}$  обсягом контрафакту;

б) навіть реалізований правопорушником контрафактний товар ще не означає, що правовласник міг би замість нього реалізувати оригінальну продукцію і отримати певний дохід. На ринку все залежить від попиту і пропозиції, на які суттєво впливають ціна виробу, рівень маркетингового супроводу, регіони продажу, рівень сервісу, особисті зв'язки і т.п.;

в) вимагання правовласником компенсації моральної шкоди, якщо внаслідок порушення його прав він зазнав моральних страждань, не завжди коректно. Через специфічність поняття моральної шкоди довести її

наявність проблематично, тому від правовласника вимагають лише грошової оцінки заподіяної йому моральної шкоди. Вимагати моральної компенсації слід за умов, якщо порушені немайнові права автора, такі як право на ім'я, на оприлюднення твору тощо.

Все це дозволяє стверджувати, що формула (12.12) визначення збитків від порушень виключних прав відтворює їх максимально можливу величину  $Z_{поруш}^{max}$ :

$$Z_{поруш}^{max} = Z_{поруш} = \sum_{i=1}^{i=m} N_i C_i + M_{поруш}^{мор} \quad (12.13)$$

Існує і мінімальна межа матеріальних втрат правопорушників, яка визначається рівнем, яка визначається існуючим в нашій країні кримінальним законодавством: штраф від 10 до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, які призначені для її виготовлення. Крім цього, сама наявність доходу правопорушника є тим юридичним фактом, який прямо пов'язаний з порушенням, і у вартісному вираженні, також показує нижню межу матеріальної шкоди, яка завдана правовласнику. Пропозиції деяких дослідників вважати нижньою межею упущеної вигоди (збитків) власника майнових прав при використанні аналізованого методу матеріальний дохід (прибуток) розповсюджувача (виробника) контрафактної продукції мають в певній мірі лише теоретичне (умовне) значення, що часто вступає в протиріччя з існуючою судовою практикою.

В достатній мірі перспективним представляється підхід до оцінки розміру збитків від порушення виключних прав з використанням методу мінімаксу, розробленого О.П.Косенко стосовно вартісної оцінки об'єктів інтелектуальної власності [6, 7]. В основі методу лежить посилення на можливість суттєвого коливання рівня економічних збитків в залежності від різного роду об'єктивних або суб'єктивних факторів. Фактичне (дійсне) значення вартості ОІВ буде з великим

ступенем ймовірності знаходитися між мінімальним та максимальним значенням. Аналогічно цьому підходу, припускається, що розмір економічних збитків від протиправної діяльності деяких суб'єктів технологічного ринку також з великою ймовірністю буде знаходитися між мінімальним і максимальним їх значенням, які розраховані з використанням різних методичних підходів.

Аналіз існуючою методичної бази також показав, що методи оцінки збитків правовласників в основному орієнтовані на укрупнені статті економічних втрат, що в більшості випадків не дозволяє проводити об'єктивні розрахунки рівня збитків з достатнім рівнем точності. Така думка пояснюється тим, що більшість методичних підходів в своїй основі містять надмірно укрупнені статті втрат (наприклад, збитки виробнича, збитки ринкові, упущена вигода і т.п.). проглядається нагальна потреба в проведенні структурного аналізу фактичних та можливих видів збитків по окремим елементам втрат. Як можливий варіант назви такого методичного підходу пропонується назва: структурний елементний підхід до оцінювання рівня збитків правовласників від порушення виключних прав.

### **Питання для самоконтролю**

1. Що таке контрафактна продукція?
2. Що таке фальсифікат?
3. Відмінності контрафакту і фальсифікату
4. Що таке піратство?
5. Місце України в рейтингу країн-піратів. Поясніть свою відповідь.
6. В яких сферах економіки нашої країни найбільш поширена контрафактна продукція?
7. Що таке «сіра» продукція? Які збитки вона може принести?
8. Що таке протиправна діяльність на ринку ОІВ?
9. Що втрачає бюджет нашої країни від протиправної діяльності на ринку ОІВ?
10. Які види зобов'язань і збитків виникають у випадку правопорушення?
11. Що таке деліктні зобов'язання?
12. Що входить в договірні зобов'язання?
13. Надайте характеристику терміну «збитки».
14. Надайте характеристику терміну «школа».
15. Чим збитки відрізняються від шкоди та втрат?

16. Надайте характеристику реально-майновим збиткам.
17. Надайте характеристику потенційно-майновим збиткам.
18. Охарактеризуйте збитки як економічну категорію.
19. Охарактеризуйте збитки як категорію цивільного права.
20. Що таке юридичні збитки?
21. Чим юридичні збитки відрізняються від економічних збитків?
22. Які основні причини виробництва і широкої дистрибуції контрафактної продукції?
23. Які види збитків виникають при порушенні виключних прав?
24. Надайте економічну характеристику прямим збиткам
25. Надайте економічну характеристику супутнім збиткам
26. Надайте економічну характеристику моральній шкоді правовласників
27. Надайте економічну характеристику упущеній вигоді правовласників
28. Дайте характеристику класичним оціночним підходам до визначення суми збитків при порушенні виключних прав
29. Дайте характеристику комплексним (змішаним) оціночним підходам до визначення суми збитків при порушенні виключних прав
30. Дайте характеристику методам кількості контрафакту при визначенні суми збитків при порушенні виключних прав.
31. Охарактеризуйте підхід до оцінки розміру збитків від порушення виключних прав з використанням методу мінімаксу

## Література

1. Бутнік-Сіверський О.Б. Економіка інтелектуальної власності: конспект лекцій для студентів спеціальності 7.000002 «Інтелектуальна власність». - К.: Ін-т ін тел. власн. і права, 2003. – 296 с.
2. Гладенко І.В. Мониторинг производственно-коммерческой деятельности промышленного предприятия / И.В.Гладенко, П.Г.Перерва, В.А.Товажнянский, Т.А.Кобелева // Вісник НТУ «Харківський політехнічний інститут». Технічний прогрес і ефективність виробництва. – 2009. – № 36-1. – С. 12-22.
3. Ефимов А.Н. – Оценка ущерба от распространения контрафактных копий программ // Московский оценщик. – №5. – 2000 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.valnet.ru/m7-26.phtml>.
4. Ілляшенко С.М. Маркетинг інновацій і інновації в маркетингу: монографія // за ред. С.М. Ілляшенка. — Суми: ВТД «Університетська книга», 2008. - 615 с.
5. Косенко А.В. Розробка ринково-орієнтованих методів вартісної оцінки об'єктів інтелектуальної власності / А.В.Косенко // Вестник Нац. техн. ун-та "ХПИ" : сб. науч. тр. Темат. вып. : Технический прогресс и эффективность производства. – Харьков : НТУ "ХПИ", 2009. – № 5. – С. 151-157.
6. Косенко О.П. Економічна сутність та методичні основи визначення рівня потенціалу виробничої системи / О.П.Косенко, А.І.Яковлев // Маркетинг і менеджмент інновацій. – Суми : ТОВ «ВТД «Університетська книга», 2012. – № 2. – С. 172–179.
7. Косенко А.П. Экономическая оценка инновационного потенциала / А.П.Косенко, Д.Коциски, О.И.Маслак, П.Г.Перерва, Д.Сакай.- Монография /

Под ред. проф. Перервы П.Г. и проф. Д.Коциски – Харьков-Мишкольц : НТУ „ХПИ”, Мишкольц.техн.ун-т, 2009. – 170 с

**8.** Костин А.В. Оценка убытков правообладателей товарных знаков от контрафакции : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата экономических наук: 08.00.05 / А.В.Костин. – М.: Российский государственный институт интеллектуальной собственности, 2009. – 26 с.

**9.** Максимов С.Й. Підходи та методи визначення розміру збитків внаслідок порушення авторських прав на комп'ютерні програми / С.Й.Максимов, І.Ю.Поліщук [Електронний ресурс].- Режим доступа: [file:///C:/Users/PGP/Downloads/krise\\_2013\\_58\(1\)\\_51.pdf](file:///C:/Users/PGP/Downloads/krise_2013_58(1)_51.pdf)

**10.** Перерва П. Г. Развитие организационного механизма коммерциализации объектов интеллектуальной собственности на основе функционального подхода / П.Г.Перерва, А.В.Косенко // Экономика развития. – 2009. – № 1. – С. 12-16.

**11.** Перерва П.Г. Анализ финансового состояния предприятия / П.Г.Перерва, О.Н.Савенкова // Вісник Нац. техн. ун-ту "ХПИ" : зб. наук. пр. Темат. вип. : Технічний прогрес та ефективність виробництва. – Харків : НТУ "ХПИ", 2002. – № 12-2. – С. 128-121.

**12.** Перерва П.Г. Збалансована система показників в інноваційно-інвестиційній політиці промислового підприємства / П.Г.Перерва, Т.О.Кобелева, Н.П.Ткачова // Вісник Нац. техн. ун-ту "ХПИ" : зб. наук. пр. Темат. вип. : Технічний прогрес та ефективність виробництва. – Харків : НТУ "ХПИ". – 2015. – № 60 (1269). – С. 50-54. – 52 с.

**13.** Перерва П.Г. Исследование рынка промышленной продукции / П.Г.Перерва.- М.: НПО «Реклама, информация, маркетинг», 1991.- 96 с.

**14.** Перерва П.Г. Комплаенс-программа промышленного предприятия: сущность и задачи / П.Г.Перерва // Вісник Нац. техн. ун-ту "ХПИ" : зб. наук. пр. Сер. : Економічні науки. – Харків : НТУ "ХПИ", 2017. – № 24 (1246). – С. 153-158.

**15.** Перерва П.Г. Моделювання споживчої, виробничої, інтелектуальної та кадрової складових ресурсного потенціалу [Текст] / П.Г.Перерва, А.П.Косенко, А.В.Косенко // Вісник НТУ „ХПИ”. – 2012. – № 51(957). – С. 68-73.

**16.** Перерва П.Г. Обґрунтування видів економічних збитків та упущеної вигоди, завданих порушенням прав інтелектуальної власності / П.Г.Перерва, М.М.Ткачев // Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності: збірник наукових праць.- Маріуполь: ДВНЗ «ПДТУ», 2014.- Вип. 1(10).- Т.2.- С.20-25.

**17.** Перерва П.Г. Підвищення конкурентоспроможності машинобудівних підприємств на засадах синергетичного бенчмаркінгу / П.Г.Перерва, Т.О.Кобелева, Н.П.Ткачова // Вісник Нац. ун-ту "Львівська політехніка" : зб. наук. праць. Сер. : Менеджмент та підприємництво в Україні: етапи становлення і проблеми розвитку. – Львів : Львівська політехніка, 2015. – № 819. – С. 167-174.

**18.** Перерва П.Г. Практический маркетинг. Вып. 3. Управление ассортиментом продукции / П.Г.Перерва. – Москва : НПО "РИМ", 1991. – 77 с.

**19.** Перерва П.Г. Практический маркетинг. Вып. 6. Управление сбытом промышленной продукции в системе маркетинга / П. Г. Перерва. – Москва : НПО "РИМ", 1992. – 91 с.

**20.** Перерва П.Г. Развитие организационных структур трансферу технологий в ВНЗ (коммерциализации объектов интеллектуальной собственности) / П.Г.Перерва, А.В.Косенко, О.П.Косенко // Механізм регулювання економіки. – 2009. – № 4, т. 2. – С. 147-154.

- 21.** Полищук И.Ю. Основные подходы, которые применяются при расчете размера ущерба при нарушениях авторских прав на компьютерные программы / И.Ю.Полищук [Электронный ресурс].- Режим доступа: [http://intellect.org.ua/sites/default/files/doklad\\_polishchuk.pdf](http://intellect.org.ua/sites/default/files/doklad_polishchuk.pdf)
- 22.** Середа С.А. Анализ рисков и минимизация потерь от нелегального распространения программных продуктов [Текст].- Москва. 2005. – 210 с.
- 23.** Ткачев М.М. Дослідження методів визначення збитків від порушення виключних прав / М.М.Ткачев // Економічні науки. Серія «Економіка та менеджмент» : збірник наукових праць. – Луцьк : Луцький національний технічний університет, 2014. – Випуск 12(42). – С. 297-307.
- 24.** Ткачов М.М. Економіка контрафакту: визначення збитків та обґрунтування шляхів попередження / М.М.Ткачов, П.Г.Перерва // Інновації у маркетингу та менеджменту : кол. монографія. – Суми: ТОВ «Друкарський дім «Папірус», 2013.- С.244-255.
- 25.** Экономика и управление инновационной деятельностью: учебник / Под ред. проф. Перервы П.Г., проф. Вороновского Г.К., проф. Меховича С.А., проф. Погорелова Н.И. – Харьков: НТУ «ХПИ», 2009. – 1203 с.
- 26.** Яковлев А.И. Аналіз сучасного стану інтелектуально-інноваційної діяльності в Україні / А.І.Яковлев, О.П.Косенко, М.М. Ткачов // Вісник Нац. техн. ун-ту "ХПІ" : зб. наук. пр. Темат. вип. : Технічний прогрес і ефективність виробництва. – Харків : НТУ "ХПІ". – 2015. – № 25 (1234). – С. 162-174.
- 27.** Kocziszky György Anti-corruption compliance in the enterprise's program [Electronic resource] / G.Kocziszky, M.Veress Somosi, P.G.Pererva // Стратегічні перспективи розвитку економічних суб'єктів в нестабільному економічному середовищі: зб. тез наук. робіт 2-ї Всеукр. наук.-практ. інтернет-конф. з міжнар. участю, 28-30 листопада 2017 р. / Кременч. нац. ун-т ім. Михайла Остроградського.– Кременчук, 2017. – С. 164-167. – Режим доступа: <https://drive.google.com/file/d/1r-6uz8h9jl-bCWwpPrY7esG925mrQudP/view>
- 28.** Kocziszky, György Compliance of an enterprise / György Kocziszky, M.Veress Somosi, P.Pererva // Сучасні підходи до креативного управління економічними процесами : матеріали 9-ї Всеукр. наук.-практ. конф., 19 квітня 2018 р. – Київ : НАУ, 2018. – С. 19-20.
- 29.** Sikorska M. Compliance service at guest services enterprises / M.Sikorska, György Kocziszky, P.G.Pererva // Менеджмент розвитку соціально-економічних систем у новій економіці : матеріали Міжнар. наук.-практ. інтернет-конф., м. Полтава, 19 жовтня 2017 р. – Полтава : ПУЕТ, 2017. – С. 389-391.
- 30.** Kocziszky, György Reputational compliance / György Kocziszky, M.Veress Somosi, T.O.Kobieliava // Дослідження та оптимізація економічних процесів "Оптимум-2017" : тр. 13-ї Міжнар. наук.-практ. конф., 6-8 грудня 2017 р. / ред.: О.В.Манойленко, Є.М.Строков. – Харків : НТУ "ХПІ", 2017. – С. 140-143.
- 31.** Pererva P.G. Technology transfer / P.G.Pererva, György Kocziszky, D.Szakaly, M.Somosi Veress - Kharkiv-Miskolc: NTU «KhPI», 2012. — 668 p.
- 32.** Kocziszky, György Compliance risk in the enterprise / G.Kocziszky, M.Veress Somosi, T.O.Kobieliava // Стратегії інноваційного розвитку економіки України: проблеми, перспективи, ефективність "Форвард-2017" : тр. 8-ї Міжнар. наук.-практ. Інтернет-конф. студ. та молодих вчених, 27 грудня 2017 р. / ред.: П.Г.Перерва, Є. М. Строков, О.М.Гуцан. – Харків : НТУ "ХПІ", 2017. – С. 54-57.
- 33.** Nagy Szabolcs Current evaluation of the patent with regarding the



index of its questionnaire / S.Nagy, M.Sikorska, P.Pererva // Сучасні підходи до креативного управління економічними процесами : матеріали 9-ї Всеукр. наук.-практ. конф., 19 квітня 2018 р. – Київ : НАУ, 2018. – С. 21-22.

**34.** Nagy Szabolcs Monitoring of innovation and investment potential of industrial enterprises / S.Nagy, P.Pererva // Сучасні тенденції розвитку світової економіки : зб. матеріалів 10-ї Міжнар. наук.-практ. конф., 18 травня 2018 р. – Харків : ХНАДУ, 2018. – С. 88-89.

**35.** Nagy Szabolcs Estimation of economic efficiency of power engineering / S.Nagy, M.Sikorska, P.Pererva // Європейський вектор модернізації економіки: креативність, прозорість та сталий розвиток : матеріали 10-ї Ювіл. Міжнар. наук.-практ. конф., 18-19 квітня 2018 р. – Харків : ХНУБА, 2018. – Ч. 2. – С. 3-6.

**36.** Nagy Szabolcs Digital economy and society – a cross country comparison of Hungary and Ukraine / S.Nagy // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2017. – № 46 (1267). – С. 174-179.

**37.** Pererva P.G. Technology transfer / P. G. Pererva, G. Kocziszky, D. Szakaly, M. Somosi Veres - Kharkiv-Miskolc: NTU «KhPI», 2012. — 668 p.

**38.** Sikorska M. Compliance service at guest services enterprises / M. Sikorska, G. Kocziszky, P. G. Pererva // Менеджмент розвитку соціально-економічних систем у новій економіці : матеріали Міжнар. наук.-практ. інтернет-конф., м. Полтава, 19 жовтня 2017 р. – Полтава : ПУЕТ, 2017. – С.389-391.

**39.** Перерва П.Г. Інтелектуальний потенціал як економічна категорія / П.Г.Перерва, Л.С.Марчук // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2018. – № 15 (1291). – С. 53-63.

**40.** Марчук Л.С. Методики розрахунку інтелектуального потенціалу підприємства / Л.С.Марчук // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2018. – № 20 (1296). – С. 95-101.

**41.** Перерва П.Г. Економіко-організаційні засади інноваційної та інвестиційної діяльності підприємства / П.Г.Перерва // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2017. – № 45 (1266). – С. 51-55.

**42.** Формування конкурентного, інтелектуального і маркетингового потенціалу інноваційного підприємництва / П.Г.Перерва [та ін.] // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2018. – № 20 (1296). – С. 36-40.

**43.** Перерва П.Г. Інформаційна діяльність підприємства: управлінська, цінова та маркетингова складові / П.Г.Перерва // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки). – Х.: НТУ „ХПІ”. - 2018. - № 37(1313).- С. 27-32 .

**44.** Перерва П.Г. Системний підхід до дослідження цінових, маркетингових, інвестиційних та інноваційних характеристик трансферу технологій промислової продукції / П.Г.Перерва, А.В.Косенко, Т.О.Кобелева, М.В.Маслак // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2018. – № 19 (1295). – С. 121-126.

**45.** Перерва П.Г. Ефективність як економічна категорія / П.Г.Перерва, А.В.Кравчук // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2018. – № 15 (1291). – С. 137-143.

**46.** Формування управлінської, маркетингової та інноваційної політики на підприємствах туристичної індустрії / П.Г.Перерва [та ін.] // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки): зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2018. – № 47 (1323). – С. 114-120.

**47.** Compliance program of an industrial enterprise. Tutorial. / [P.G Pererva et al.] // Edited by prof. P.G.Pererva, prof. Gy.Kocziszky, prof. M.Somosi Veres - Kharkov-Miskolc: NTU "KhPI", 2019.- 689 p.

**48.** Розвиток організаційно-економічного механізму управління розвитком індустрії туризму та гостинності / П.Г.Перерва [та ін.] // Вісник Національного технічного університету "ХПІ" (економічні науки) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2018. – № 48 (1324). – С. 121-127.

**49.** Kobieliava T.O. The formation of anti-crisis program of the industrial enterprise based on innovative monitoring / P.G.Pererva, T.O.Kobieliava // Вісник Нац. техн. ун-ту "ХПІ" : зб. наук. пр. Сер. : Економічні науки. – Харків : НТУ "ХПІ", 2016. – № 48 (1220). – С. 41-44

**50.** Кобелєва Т.О. Організаційна структура комплаєнс на промисловому підприємстві / Т.О.Кобелєва // Вісник Національного технічного університету "Харківський політехнічний інститут" (економічні науки) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2018. – № 47 (1323). – С. 121-127.

**51.** Кобелєва Т.О. Розробка рекомендацій по формуванню інтегрального показника комплаєнс-безпеки промислового підприємства / Т.О.Кобелєва // Вісник Національного технічного університету "ХПІ" (економічні науки) = Bulletin of the National Technical University "KhPI" (economic sciences) : зб. наук. пр. – Харків : НТУ "ХПІ", 2018. – № 48 (1324). – С. 46-52.

**52.** Перерва П.Г. Якість інноваційної продукції як складова маркетингової політики та конкурентоспроможності підприємства / П.Г.Перерва, Т.О.Кобелєва // Вісник НТУ «ХПІ» (економічні науки). Збірник наукових праць – Х. : НТУ «ХПІ», 2016. – № 28 (1200). – С. 70-74.

**53.** Перерва П.Г. Управління маркетингом інноваційної продукції на засадах життєвого циклу товару / П.Г.Перерва, Т.О.Кобелєва // Вісник НТУ «ХПІ» (економічні науки). Збірник наукових праць – Х. : НТУ «ХПІ», 2016. – № 28 (1200). – С. 26-30.